



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

VITÓRIA OHFUGI DE CASTRO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À LUZ DO
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Brasília
2017

VITÓRIA OHFUGI DE CASTRO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À
LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do UniCEUB – Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Eleonora Mosqueira
Medeiros Saraiva

Brasília

2017

VITÓRIA OHFUGI DE CASTRO

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À
LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do UniCEUB – Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Eleonora Mosqueira
Medeiros Saraiva

Brasília, _____ de _____ de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Dra. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

Examinador: Prof. M.e Luciano de Medeiros Alves

Examinadora: Prof. M.a Dulce Donaire de Mello e Oliveira

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Elizabete Ohfugi Vilela e Eduardo Vilela de Castro, por estarem presentes em todos os momentos da minha vida.

Agradeço, também, a professora Ângela Christina Boelhouver Montagner, por me ajudar na escolha do tema e por todo o apoio durante o tempo em que me orientou.

Finalmente, agradeço a minha orientadora Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva, pela paciência e pelo comprometimento, essenciais para a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso abordará o instituto da adoção, mais especificamente sobre a possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*. Trata-se da hipótese em que os pais biológicos entregam diretamente o filho a uma pessoa ou casal, em uma relação de confiança, para que ele seja adotado, sem observar a inscrição e a ordem dos cadastros de adoção. Esta modalidade não é prevista expressamente pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nem pela Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional de Adoção), mas também não pode ser considerada ilícita. Ela é tema de diversos debates doutrinários e jurisprudenciais, tendo em vista que é uma prática bem presente na realidade brasileira. O intuito é demonstrar a sua viabilidade à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e as formas em que ela tem sido admitida pelo Poder Judiciário, primordialmente quando já há vínculos socioafetivos estabelecidos na relação do adotante com a criança.

Palavras-chave: Adoção *Intuitu Personae*. Cadastros de adoção. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Vínculos socioafetivos.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 3 |
| 1.1 Princípio da Proteção Integral..... | 5 |
| 1.1.1 Princípio da Prioridade Absoluta | 6 |
| 1.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente | 7 |
| 1.1.3 Princípio da Convivência Familiar | 9 |
| 1.2 Princípio da Paternidade Responsável | 11 |
| 1.3 Princípio da Afetividade..... | 13 |
| | |
| 2 ADOÇÃO | 16 |
| 2.1 A adoção como filiação socioafetiva | 17 |
| 2.2 Requisitos | 19 |
| 2.2.1 Legitimidade | 19 |
| 2.2.2 Consentimento | 20 |
| 2.2.3 Estágio de convivência..... | 21 |
| 2.2.4 Efetivo benefício para o adotando..... | 23 |
| 2.3 Processo | 24 |
| 2.4 Efeitos | 30 |
| | |
| 3 A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i> | 34 |
| 3.1 Conceito e características | 34 |
| 3.2 Critérios para o deferimento da adoção <i>intuitu personae</i> | 36 |
| 3.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente | 36 |
| 3.2.2 Vínculo de afetividade | 38 |
| 3.3 Possibilidade de escolha dos adotantes pelos pais biológicos | 42 |
| 3.4 Tráfico de crianças e adolescentes | 44 |
| 3.5 Inobservância do cadastro de adoção | 46 |
| CONCLUSÃO | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 53 |

INTRODUÇÃO

Infelizmente, em nosso país há uma quantidade exacerbada de crianças que não possuem a sorte de serem criadas pelos seus próprios pais. É comum vermos pessoas que não têm condições financeiras para sustentar o próprio filho, mães que engravidam muito jovens e não tem o apoio da família, tampouco do pai da criança, enfim, são múltiplas as razões que os fazem entregar o filho para a adoção.

Diante disso, muitas pessoas recorrem à adoção *intuitu personae*, por considera-la a melhor solução. Esta modalidade ocorre na hipótese em que, visando proporcionar ao filho melhores condições de vida, os pais biológicos o entregam diretamente à determinada pessoa, que tem o intuito de adotá-lo. Geralmente, é alguém conhecido pelos genitores, em quem confiam para substituí-los na função materna ou paterna. Não são raras as histórias de mães que entregaram os filhos a patroa, a vizinha, ou a amiga.

Considerando essa situação recorrente, o presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Devido à ausência de regularização expressa na legislação brasileira, esta modalidade é objeto de várias controvérsias na doutrina e na jurisprudência. O entendimento majoritário é favorável a sua aceitação, desde que comprovados reais benefícios para o adotando e o estabelecimento de vínculo de socioafetividade, com o objetivo de atender ao referido Princípio. Porém, ainda há certa resistência em admiti-la por parte de alguns doutrinadores e juristas, que deve ser contestada.

Para isso, foi utilizada a metodologia dedutiva, sociojurídica, sendo a pesquisa fundamentada nos seguintes métodos auxiliares: histórico, doutrinário e jurisprudencial.

O primeiro capítulo pretende abordar sobre o Princípio da Proteção Integral e, conseqüentemente, a respeito do Princípio da Prioridade Absoluta, do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e do Princípio da Convivência Familiar, que são de extrema importância para a estruturação dos direitos da criança e do adolescente. Inevitavelmente, também há que se falar no

Princípio da Paternidade Responsável e no Princípio da Afetividade, que nos remete ao Direito de família e sua evolução histórica, também incluída neste capítulo.

Os princípios são fundamentais para a compreensão do tema principal deste trabalho, uma vez que são capazes de solucionar as questões omissas na legislação, que por si só não consegue atender todas as relações complexas de uma sociedade e precisa de um direcionamento na sua interpretação.

Já o segundo capítulo, se concentra no instituto da adoção. No primeiro momento, é de extrema importância que se compreenda sobre o seu conceito, sua finalidade e logo, sobre a sua denominação como filiação socioafetiva. Em seguida, serão apresentados os seus requisitos, que consistem na legitimidade, no consentimento dos pais biológicos e do próprio adotando, na necessidade do estágio de convivência e nos efetivos benefícios que a medida trará ao infante. E por fim, serão feitos esclarecimentos quanto ao funcionamento do processo judicial de adoção, com destaque para a fase de habilitação e para os cadastros de adoção, e quanto aos efeitos decorrentes da sentença constitutiva.

Finalmente, no terceiro capítulo será analisada a adoção *intuitu personae*, o que inclui o seu conceito e suas principais características, sendo importante a diferenciar de outras modalidades de adoção, como é o caso da “adoção à brasileira”.

Por conseguinte, será falado a respeito do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e do vínculo socioafetivo entre os requerentes e a criança, como critérios essenciais para o deferimento da adoção *intuitu personae*.

E por último, pretende-se desmitificá-la e defender sua possibilidade jurídica, rebatendo diversas críticas que a permeiam. Dentre elas, citamos a capacidade e legitimidade dos pais biológicos na escolha dos adotantes de seu filho, a alegação de que essa espécie de adoção corrobora para o tráfico de crianças e adolescentes e ainda, a obrigatoriedade dos cadastros de adoção. Ao fazer isso, foram utilizados os princípios apresentados no primeiro capítulo, a própria legislação para atestar sua legalidade e a jurisprudência para confirmar as teses apresentadas.

1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nosso sistema normativo, que antes tinha predominantemente cunho patrimonial, passou a dar primazia ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹, sendo classificado como fundamento da República Federativa do Brasil.

Este representa uma série de direitos que são inerentes ao ser humano, ou seja, não depende de classe social, gênero, raça ou religião. Ele possui caráter inalienável e absoluto, não podendo ser cedido e nem mitigado, salvo este último em razão do Princípio da Proporcionalidade.² O conceito de dignidade é amplo e sofreu diversas mudanças ao longo da história, porém podemos associá-lo com o direito a uma vida digna.³ Não é à toa que a CF/88 instituiu diversos direitos e garantias fundamentais em seu texto, como saúde, educação, moradia, alimentação e etc. Porém, infelizmente, vemos que na prática boa parte da população não goza de um mínimo dessa dignidade, vivendo em condições desumanas.

Rodrigo da Cunha Pereira diz que este princípio “é um macro princípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade”.⁴ A partir do momento em que ele foi adotado como o princípio maior da Constituição Federal, foram estabelecidos novos paradigmas e criados novos princípios, que levaram a uma significativa evolução e mudanças de interpretação no Direito de Família e no Direito da Criança e do Adolescente.

Sobre a nova concepção do conceito de família, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel diz que:

Em estreita síntese, família não é somente uma instituição decorrente do matrimônio, tampouco se limita a uma função

¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 51.

² AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 124.

³ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana** : doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 114.

meramente econômica, política ou religiosa. Com a repersonalização da família, é adequado concluir-se que a *cédula mater* da sociedade, modernamente, passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens que possui como elemento nuclear do afeto.⁵

A Carta Constitucional trouxe relevantes modificações para o âmbito familiar, reconhecendo a união estável (art. 226, §3º), instituindo a igualdade entre os filhos (art. 227, §6º), atribuindo ao Estado a obrigação de assegurar assistência direta à família (art. 226, §8º) e instaurando a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I). Além disso, tratando-se das crianças e dos adolescentes, a CF/88 conferiu-lhes direitos fundamentais, garantindo uma proteção integral e prioritária (art. 227).⁶

Pode-se dizer que uma das principais funções dos princípios é preencher as lacunas na legislação, que não consegue suprir todos os anseios de uma sociedade, tendo em vista a complexidade das relações humanas e a constante mudança de valores. Porém, eles não se limitam a isso, possuem um sentido mais amplo.⁷ Segundo Miguel Reale, eles podem ser definidos da seguinte forma:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.⁸

Diante das tantas modificações ocorridas nas relações familiares e sociais ao longo do tempo, o Direito de Família e o Direito da Criança e do Adolescente tiveram que se adequar aos princípios constitucionais de 1988.

⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.133.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 304.

⁸ Ibidem, p. 304-305.

1.1 Princípio da Proteção Integral

A Constituição Federal de 1988 afastou a doutrina da situação irregular, presente no antigo Código de Menores, e adotou a Doutrina da Proteção Integral, atribuindo direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, dos quais a família, a sociedade e o Estado são solidariamente responsáveis. Mais tarde, consolidando a nova doutrina, foi promulgada a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que passou a tratar os infantes, não apenas como objetos de proteção e assistência, mas também como sujeitos de direitos e merecedores de uma legislação especial.⁹

Sobre a adoção da Doutrina da Proteção Integral, Rodrigo da Cunha Pereira afirma:

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.¹⁰

Com isso, a CF/88 consagrou o Princípio da Proteção Integral, ao instituir o art. 227, atribuindo à família, a sociedade e ao Estado, o dever de garantir direitos fundamentais às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com prioridade absoluta, além de protegê-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹¹

Sendo assim, resta claro que o Princípio da Proteção Integral abrange os demais princípios consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como o Princípio da Prioridade Absoluta, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o Princípio da Convivência Familiar.

⁹ AMIN. Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

1.1.1 Princípio da Prioridade Absoluta

No texto do art. 227, da CF/88, também foi estabelecido o chamado Princípio da Prioridade Absoluta, destinado a conferir proteção integral as crianças e aos adolescentes, garantindo seus direitos fundamentais, como mencionado anteriormente.¹²

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reproduz a mesma ideia no caput de seu art. 4º e acrescenta, no parágrafo único, as várias áreas de interesse em que essa prioridade deve ser exteriorizada.¹³ Claro que essas preferências devem ser aplicadas dentro do que é razoável, devendo ser analisada a urgência de cada situação em detrimento de outras.

Inferese dos enunciados dos artigos citados, que este princípio trata de uma corresponsabilidade. A família é responsável pela priorização da proteção integral do infante, viabilizando uma série de direitos como saúde, educação, cultura, lazer, alimentação, respeito, entre outros. Contudo, essa responsabilidade também alcança a sociedade e o Estado. Este último deve agir, sobretudo, mediante a criação de políticas públicas e investimentos nas políticas já existentes.

Vale dizer também que a Constituição Federal de 1988, conduzida pela Doutrina da Proteção Integral, criou um sistema especial, que prioriza a proteção dos direitos fundamentais do infante. Para Martha de Toledo Machado, esse sistema especial foi construído em razão do fato de que “crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude.”¹⁴

Diante dessa condição peculiar de vulnerabilidade e desenvolvimento em que as crianças e os adolescentes se encontram, é razoável que o ordenamento jurídico trate, com prioridade, a aplicação de seus direitos. É evidente a existência

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

¹³ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 108-109.

de uma desigualdade intrínseca entre uma criança e um adulto, que deve ser equilibrada pelo princípio em questão.

1.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, também chamado de Princípio do Superior Interesse, foi adotado pela primeira vez em 1959, na Declaração dos Direitos da Criança e, posteriormente, pelo antigo Código de Menores, mas com sua aplicação limitada às crianças que se encontravam em situação irregular. Contudo, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ele passou a abranger todas as crianças e adolescentes.¹⁵

Este princípio possui estreita relação com o Princípio da Prioridade Absoluta. Nesse sentido, segue a definição de Paulo Lôbo:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.¹⁶

A família foi aos poucos perdendo seu caráter basicamente econômico e passou a ter sua essência baseada na afetividade, no cuidado mútuo, no companheirismo e no amor. Tornou-se um ambiente em que todos os membros são valorizados como pessoas dignas de direitos e em que se dá extrema importância às realizações pessoais de cada um. Nesse meio, destacam-se os filhos menores, na condição de sujeitos de direitos e merecedores de uma maior preocupação, graças a sua vulnerabilidade e personalidade ainda em formação. Por isso, a necessidade do

¹⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 69.

ordenamento jurídico em criar mecanismos que protejam seus interesses com certa superioridade.¹⁷

Compartilhando do mesmo entendimento, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma:

O princípio do melhor interesse da criança representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, já que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, à pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.¹⁸

Podemos ver sua aplicação frequentemente nos processos judiciais de guarda ou de adoção. Ele reflete diretamente nas decisões do magistrado e nas atuações do legislador, que devem sempre garantir às crianças e aos adolescentes um pleno desenvolvimento, em detrimento da simples vontade das partes envolvidas. Deve-se analisar o contexto social e psicológico em que o infante é inserido, as suas necessidades básicas e especiais, entre outros fatores. Segundo Andréa Rodrigues Amin, “atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.”¹⁹

Inclusive, para dar maior efetividade a este princípio, o artigo 100, parágrafo único, inciso XII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura ao infante o direito de participar, como testemunha, de processos judiciais que envolvam a promoção de seus direitos e proteção.²⁰ A oitiva poderá ser realizada por determinação da lei em casos específicos, por determinação do juiz, ou por solicitação da própria criança. Entende-se que a criança não pode ser indicada no processo como testemunha por uma das partes, no sentido de evitar que a mesma se sinta obrigada a escolher um lado.²¹

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 148-149.

¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A parentalidade responsável e o cuidado**: novas perspectivas. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, ano 28, nº 101, dez. 2008. p. 32.

¹⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

²¹ MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 242.

Extraí-se do artigo 28, §1º, da mesma lei, referente à colocação em família substituta, que a oitiva deverá ocorrer, sempre que possível, de forma que não cause prejuízos à criança, sendo realizada por equipe interprofissional, verificada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.²² Ser ouvido é um direito garantido às crianças e aos adolescentes, não deve ser visto como uma imposição. Só será aplicado nas situações de real interesse e somente quando possível. Diante disso, Gustavo Ferraz de Campos Mônaco diz:

Acredita-se que esta forma de se encarar esse direito de participar das decisões relevantes para a continuidade da vida das crianças é uma conquista que não pode ser olvidada, diminuída ou restringida. Por outro lado, garantir a participação da criança não pode nem constituir um ônus imposto à criança (daí o critério da maturidade se mostrar o mais adequado), nem representar a imposição de uma decisão por parte do jovem.²³

Contudo, mesmo já tendo sido reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico como sujeitos de direitos, dignos de uma proteção especial, ainda há pais que enxergam seus filhos como algo de sua propriedade. Infelizmente, permanece uma visão equivocada na sociedade de que, por se tratar de infantes, não há que se priorizar seus interesses. Um exemplo claro disso, que acontece frequentemente no nosso dia a dia, é quando vemos crianças que deveriam estar na escola, mas que estão na rua trabalhando a mando de seus pais.

1.1.3 Princípio da Convivência Familiar

A Constituição Federal de 1988 instituiu, em seu artigo 227, a convivência familiar como direito fundamental da criança, do adolescente e do jovem, devendo ser tratada com prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado. Atribuiu também, no artigo 226, especial proteção do Estado à família, que ao longo da

²² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

²³ MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 243.

história passou a ser cada vez mais valorizada e enxergada como base da sociedade.²⁴

O direito à convivência familiar também é tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao longo do Capítulo III, do artigo 19 ao 25.²⁵

Para Roberto João Elias, “a proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”.²⁶ Diante deste conceito, pode-se dizer que atender ao princípio em comento está diretamente relacionado com a Doutrina da Proteção Integral. Nada melhor para o desenvolvimento de uma criança que estar perto de seus pais, recebendo amor, carinho, proteção e educação.

Apesar do dever de proteger integralmente a criança seja dividido com a sociedade em geral e o Estado, a família pode ser entendida como o principal responsável, uma vez que é o primeiro contato do infante, se tornando a sua maior referência.

Sendo a convivência familiar um direito fundamental, assegurado pela Carta Constitucional, o nosso ordenamento jurídico deu preferência à manutenção dos filhos com seus pais biológicos, sendo excepcional a colocação em família substituta e mais excepcional ainda, o acolhimento institucional.²⁷ São diversas as normas do ECA que contém medidas a serem aplicadas ao caso concreto, que viabilizam a reintegração de crianças e adolescentes ao seio familiar sempre que possível, mediante acompanhamento de profissionais especializados nessa área. Somente depois de esgotados todos os esforços e por determinação judicial, é que ocorrerá o afastamento desse convívio.²⁸

O direito à convivência familiar, apesar de toda a sua importância, só deve ser invocado enquanto respeitados os interesses e direitos fundamentais das

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

²⁶ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

²⁷ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 165.

²⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.145.

crianças e dos adolescentes. Se verificada alguma das hipóteses previstas nos artigos 1.637 e 1.638, do Código Civil ²⁹ o convívio com os pais poderá ser limitado ou extinto, com a suspensão ou perda do exercício do poder familiar.

Além disso, com a inserção das mulheres no mercado de trabalho, as tarefas domésticas passaram a ser divididas com seus companheiros. Dentre elas, está a criação dos filhos. Os homens passaram a se envolver cada vez mais nessa relação de pai e filho, afastando a ideia de que no caso de dissolução conjugal, a guarda dos filhos deveria ser atribuída à mãe. O que temos hoje nos processos judiciais de guarda são decisões fundamentadas no Princípio do Melhor Interesse do infante. Ela será designada àquele que tiver melhores condições de exercê-la. Porém, ao estabelecer a guarda para um dos genitores, não se extingue o direito do filho de conviver com o outro, a menos que isso traga algum risco a sua integridade. Não se pode confundir a relação conjugal com a relação parental.³⁰

Na visão de Tarcísio José Martins da Costa, “pode-se proclamar que o direito à convivência familiar, antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança. Por isto mesmo, tem a mesma importância do direito fundamental à vida”.³¹

1.2 Princípio da Paternidade Responsável

O termo “paternidade responsável” está um pouco ultrapassado, sendo mais correto se falar em “parentalidade responsável”, de modo que não se restrinja a figura paterna do pai, mas alcance também a figura materna da mãe. Ao gerar uma criança, ambos assumem obrigações para com esta.³²

A parentalidade responsável pode ser entendida como um conjunto de deveres, decorrentes do exercício dos direitos de reprodução.³³ Ora, ter um filho representa muito mais que a mera realização do sonho de se tornar mãe ou pai.

²⁹ BRASIL. **Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 mar. 2017.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155-156.

³¹ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 38.

³² BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 94.

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 28, nº 101, dezembro de 2008. p. 30.

Implica em uma série de obrigações, no intuito de garantir o bem-estar e um futuro digno àquele que é colocado no mundo. Inclusive, são incontáveis as situações em que os pais devem abrir mão de suas vontades para atender as necessidades de seus filhos. Com isso, nota-se a incidência do Princípio da Prioridade Absoluta e do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, uma vez que seus interesses devem ser tratados com prioridade e, conseqüentemente, prevalecer sobre os de seus genitores.

Assim, pode-se dizer também que este princípio está atrelado aos deveres impostos aos pais pela Carta Constitucional, de criar, assistir e educar seus filhos menores (art. 229, CF/88), somados aos deveres de garantir seus direitos fundamentais e de protegê-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF/88). Está implícito nestes dispositivos constitucionais o dever de cuidado.³⁴

O cuidado possui um significado bem amplo e devido a sua extrema importância na vida de uma criança, junto com a responsabilidade atraída pela condição de pai ou mãe, ele é classificado na doutrina como um dever jurídico de ambos. Com isso, nas palavras de Heloisa Helena Barboza, essa classificação “está vinculada à de responsabilidade, na medida em que aquele que tem o dever pode ser chamado a cumpri-lo ou arcar com os efeitos de seu descumprimento (...)”, como é o caso da perda ou suspensão do poder familiar.³⁵

Importante ressaltar que essa responsabilidade parental não cessa, de modo algum, pela separação dos genitores e pelo regime de guarda estabelecido. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira diz:

Independentemente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou o término da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais. E quando nos referimos à paternidade e a maternidade não

³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 28, nº 101, dez. 2008. p. 95.

³⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p.90.

estamos nos referindo apenas à biológica, mas também à socioafetiva.³⁶

A irresponsabilidade parental, somada ao descaso do governo e da própria sociedade, leva a realidade que temos hoje nas ruas do país: milhares de crianças e adolescentes em situação total de abandono, voltados para criminalidade, ou sendo vítimas dela. Daí a importância que Guilherme Nogueira Calmon da Gama dá ao planejamento familiar e ao auxílio do Estado para tal, proporcionando recursos e informação à sociedade, inclusive sobre as técnicas científicas de contracepção existentes atualmente.³⁷ Não obstante, podemos considerar que a família, os educadores, a comunidade e até mesmo as instituições religiosas também possuem um papel fundamental na conscientização da população sobre o tema, de modo a alcançar todas as classes sociais.

1.3 Princípio da Afetividade

O Princípio da afetividade está implícito na Constituição Federal e deriva da interpretação das normas constitucionais que tratam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do Princípio da Solidariedade, do Princípio da Convivência Familiar e da igualdade entre os filhos, cônjuges e companheiros. Ele nos aproxima do real sentido de uma família, ou seja, da vontade de estabelecer uma comunhão de vida, decorrente do surgimento de uma relação afetiva.³⁸

A família do século XIX tinha finalidade meramente econômica, religiosa e política. Porém, principalmente com a inserção da mulher no mercado de trabalho e, conseqüentemente, sua independência, aos poucos o âmbito familiar foi sofrendo diversas modificações. Foi deixando de lado seu caráter patriarcal e a figura do *pater familias*, o exercício da paternidade passou a ser visto com outros olhos e a afetividade das relações se tornou de extrema importância.³⁹

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 28, nº 101, dez. 2008. p. 31.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210-211.

A família passou a ser entendida, sobretudo, como uma relação de afetividade e solidariedade. Tornou-se um meio de realizações pessoais e desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁴⁰ Ela é o primeiro contato do ser humano com o convívio social e valores morais e éticos. É nela que nos apoiamos nos momentos difíceis e é com ela que compartilhamos nossos momentos de alegria.

Sendo assim, verifica-se a importância do reconhecimento deste princípio atrelado à família, uma vez que esta última desempenha papel fundamental na promoção da dignidade humana. Eis a razão pela qual ela é considerada base da sociedade e recebe especial proteção do Estado, através da Constituição Federal.⁴¹

Além disso, entende-se atualmente que os vínculos estabelecidos pela afetividade devem se sobrepor em relação à questão patrimonial ou biológica. Trata-se de uma visão legítima, pois uma família em que a afetividade se encontre ausente, tem sua essência perdida. A questão econômica e os vínculos sanguíneos não são capazes, por si só, de satisfazerem todas as carências de um ser humano e de o fazerem se sentir completo. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira diz que:

Delinearam-se novos paradigmas e novos modelos de família, centrados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, visando à realização integral de seus membros. Rompeu-se com a primazia dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo.⁴²

Um exemplo disso é a igualdade entre os filhos instituída pelo artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988. Segundo esse dispositivo, não é mais aceita qualquer discriminação entre os filhos, sejam eles havidos ou não durante o casamento, ou ainda, adotivos.⁴³ Todos eles são iguais perante a lei e, portanto, são detentores dos mesmos direitos e deveres.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 25.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. v. 5. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 60.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

Como bem disse Maria Berenice Dias, “a comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família”.⁴⁴ A mentalidade e os valores de uma sociedade estão em constante mutação, junto com suas formas de se relacionar. Busca-se cada vez mais pelo reconhecimento e inserção no ordenamento jurídico dos mais diversos tipos de entidade familiar, que se baseiam nos vínculos afetivos e nas realizações pessoais dos indivíduos.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 56.

2 ADOÇÃO

A adoção não é um instituto recente, sendo utilizado pelas civilizações mais antigas. Porém, passou por uma grande evolução ao longo da história. Pode-se dizer que sua finalidade principal era conceber filhos a quem não podia tê-los, com o intuito de dar continuidade à família, seja por motivos religiosos, políticos ou econômicos. Entretanto, hoje, a adoção possui caráter assistencialista, de modo que o seu objetivo passou a ser o de acolher no seio familiar alguém que não possui uma família.⁴⁵

Na doutrina, a adoção é objeto de diversas tentativas conceituais. Cabe-nos citar aqui, relevantes definições de alguns dos renomados autores civilistas.

Segue a definição de Sílvio de Salvo Venosa:

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.⁴⁶

Para Carlos Roberto Gonçalves, a adoção é “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, pessoa a ela estranha, na qualidade de filho”.⁴⁷

Caio Mário da Silva Pereira diz que a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.⁴⁸

Importante lembrar que a adoção é medida excepcional, somente deverá ocorrer quando não é mais possível que o adotando permaneça junto a sua família

⁴⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 316-317.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. v. 6. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 299.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 372.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. v. 5. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 469.

biológica. Deve-se sempre buscar pela sua proteção integral e prioritária. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Deve prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Mas infelizmente tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas.⁴⁹

Em termos de legislação, o Código Civil de 2002 dedicou um de seus capítulos para tratar sobre a adoção. Porém, com a promulgação da Lei nº 12.010 (Lei Nacional da Adoção), esses artigos foram revogados, restando apenas os artigos 1.618 e 1.619. O primeiro estabelece que a adoção de crianças e adolescentes esteja em consonância com a Lei nº 8.069/90. Já o segundo, trata da adoção dos maiores de 18 anos, que necessita da assistência do poder público e de sentença constitutiva, devendo ser aplicado também o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couber. Portanto, atualmente o instituto da adoção é regulado pelo ECA.⁵⁰

2.1 A adoção como filiação socioafetiva

Extraí-se de todos os conceitos citados no tópico anterior, que a adoção vem a se tornar uma forma de filiação socioafetiva, uma vez que a partir da convivência, é estabelecida uma relação de pais e filhos, em que prevalece o vínculo criado pela afetividade em detrimento do vínculo biológico. Segundo Christiano Cassettari, esse tipo de filiação pode ser conceituado como sendo “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”.⁵¹

Apesar dela não ser regularizada expressamente no Código Civil de 2002, o art. 1.593, ao reconhecer o parentesco natural ou civil, estabelece que além de consanguíneo, ele também pode ser de “outra origem”. Esta última expressão,

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

⁵⁰ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 1398.

⁵¹ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

possibilita a interpretação do dispositivo no sentido de abarcar o parentesco socioafetivo, que é o que vêm acontecendo na doutrina e na jurisprudência.⁵²

Nessas circunstâncias em que alguém adquire a condição de filho, em decorrência dos laços afetivos estabelecidos, estar-se-á desfrutando da posse do estado de filho. A doutrina a caracteriza pelo tratamento que a pessoa recebe de seus pais como se filho fosse, pela utilização social do nome da família e pela reputação, ou seja, pelo modo que a pessoa é conhecida perante a sociedade, estando inserido naquela família, no papel de filho. Pode-se dizer que filiação socioafetiva decorre, justamente, do reconhecimento dessa posse do estado de filho.⁵³

Segundo a definição de Paulo Lôbo:

O estado de filiação compreende em um conjunto de circunstâncias que solidificam a presunção da existência de relação entre pais, ou pai e mãe e filho, capaz de suprir a ausência do registro do nascimento. Em outras palavras, a prova da filiação dá-se pela certidão do registro do nascimento ou pela situação de fato. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória.⁵⁴

Vislumbra-se que uma relação parental ideal é aquela em que a filiação consanguínea convive com o vínculo afetivo. Porém, sabemos que muitas vezes não é o que ocorre na prática. Sabendo disso, Rolf Madaleno se posiciona no seguinte sentido:

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.⁵⁵

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 401.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

⁵⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 527.

Por isso, a filiação biológica não deve se sobrepor em relação à filiação socioafetiva. Não obstante a adoção ser medida excepcional, não são raras as situações em que tal medida supre melhor os interesses da criança, pois os pais biológicos não assumem os deveres fundamentais da paternidade ou maternidade. Trata-se de um ato de vontade e de amor de quem deseja ter um filho, se comprometendo a dar todo o carinho e atenção, sem distinção com o filho consanguíneo.⁵⁶

2.2 Requisitos

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma série de requisitos para que a adoção possa ser deferida.

2.2.1 Legitimidade

Primeiramente, o ECA determina, no caput do art. 42, a idade mínima de 18 anos para que o interessado esteja apto a adotar, independentemente de seu estado civil. Contudo, este deve ser entendido como apenas um dos requisitos, ou seja, não significa que alguém esteja preparado para adotar apenas pelo fato de ter completado a maioridade civil. Inclusive, dificilmente uma pessoa de 18 anos possui maturidade ou é financeiramente independente o suficiente para proporcionar a uma criança condições de uma vida digna.⁵⁷

O mesmo artigo veda, no §2º, a adoção por ascendentes e irmãos do adotando. Com isso, tenta-se evitar uma confusão na cabeça da criança sobre a relação de parentesco. Além disso, caso não houvesse essa proibição, a adoção perderia sua real essência, qual seja a atribuição de uma família a quem não possui uma, na tentativa de se imitar uma família natural, diante do surgimento de laços afetivos entre o adotante e o adotado. Na relação de avós com seus netos e na relação de irmãos já existe uma família e já foram constituídos os vínculos afetivos,

⁵⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 321.

⁵⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 354-355.

não justificando a possibilidade de tal medida. Se por algum motivo a criança ou adolescente não puder permanecer com seus pais biológicos, poderão os seus ascendentes ou seus irmãos promover o pedido de guarda ou tutela.⁵⁸

Exige também, uma diferença mínima de idade de 16 anos entre o adotante e o adotando. Essa diferença de idade tem como objetivo evitar que haja uma confusão entre o amor paternal e o amor que pode surgir entre um homem e uma mulher, ou seja, pretende-se evitar um interesse sexual entre as partes.⁵⁹

Não obstante o §2º, do art. 42, do ECA, estipular que para a adoção conjunta é necessário que os pretendentes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, estando comprovada a estabilidade da família, o §4º apresenta uma exceção: a adoção conjunta por parte de divorciados, judicialmente separados ou ex-companheiros. Todavia, neste caso, requer que o estágio de convivência tenha iniciado na constância da relação, que ambos acordem a respeito da guarda e do regime de visitas, restando comprovada a manutenção de uma relação de afinidade e afetividade entre as partes.⁶⁰

A legislação ainda prevê a possibilidade da adoção *post mortem* ou adoção póstuma, em que se tem a morte do adotante, que já tenha manifestado sua vontade de adotar determinada criança ou adolescente, antes que fosse deferida a sentença constitutiva. Esse tipo de adoção foi viabilizado em observância ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, na medida em que, nas palavras de Rolf Madaleno, “ameniza a fatalidade que seria dupla, no caso de morte do adotante, se também fosse cancelada a adoção”.⁶¹

2.2.2 Consentimento

Considerando que a adoção faz cessar o vínculo de parentesco do adotando com a sua família biológica, o legislador decidiu, no art. 45 do ECA, pela

⁵⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.686.

⁵⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 357.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁶¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.695.

necessidade de consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando. Esse consentimento constitui ato personalíssimo, que deve ser realizado por ambos os genitores, no qual a recusa de qualquer um deles impossibilita a efetivação da adoção, não sendo possível seu suprimento judicial.⁶²

Entretanto, o art. 45, §1º, do ECA, dispensa o consentimento dos pais, excepcionalmente, quando estes já tiverem sido destituídos do poder familiar ou forem desconhecidos. Além dessas hipóteses arroladas pelo legislador, também pode ser dispensado o consentimento nas situações em que a criança é abandonada com o intuito de que ela seja acolhida por quem a encontrar, nos casos em que os pais estejam desaparecidos, ou no contexto em que o órfão não é reclamado por qualquer familiar.⁶³

Como já mencionado no presente trabalho, em garantia ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, o legislador atribuiu ao infante o direito de ser ouvido em algumas situações, como é o caso da adoção. De acordo com o §1º do art. 28, da Lei nº 8.069/90, sempre que possível, a criança ou adolescente deve ser ouvido por uma equipe interprofissional, sendo sua opinião considerada pela autoridade judiciária. Quanto ao maior de 12 anos, o §2º prevê a necessidade de seu consentimento, colhido em audiência, para o deferimento da adoção.⁶⁴

Cumprе ressaltar que, havendo o consentimento, este poderá ser revogado até a data da publicação da sentença constitutiva da filiação socioafetiva, com base no art. 166, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶⁵

2.2.3 Estágio de convivência

Conforme o art. 46 do ECA, é obrigatório que o estágio de convivência preceda a adoção, para que o juiz possa avaliar a relação entre as partes, a

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

⁶³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 256-257.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

adaptação do infante a nova família e a conveniência da medida. Seu prazo será fixado pelo juiz, que avaliará cada caso isoladamente.⁶⁶

A respeito da sua importância, Gaudino Augusto Coelho Bordallo diz:

O estágio de convivência é o período de avaliação da nova família, a ser acompanhado pela equipe técnica do juízo, com o intuito de verificar-se quanto à adaptação recíproca entre adotando e adotante. Esta aferição se faz extremamente necessária, pois não basta que o adotante se mostre uma pessoa equilibrada e que nutre grande amor pelo próximo, uma vez que breve e superficial contato nas dependências do juízo não garante aquilatarem-se as condições necessárias de um pai ou boa mãe.⁶⁷

Durante esse período, podem ocorrer diversos problemas. Há casos em que as crianças e os adolescentes, após terem sido rejeitados pela própria mãe, possuem a necessidade de testar os limites daquele que pretende adotá-lo. Este é um período que exige paciência, para que se crie uma confiança entre ambos e o infante perceba que pode ser amado. Infelizmente, também acontecem situações que, justamente pela falta de paciência, o adotante pratica atos de violência contra a criança, devendo esta ser retirada imediatamente de seu convívio. São inúmeras as chances desse convívio não dar certo, ensejando a “devolução” do adotando.

Essa “devolução” da criança é uma experiência bastante traumática, pois para ela significa uma nova rejeição, uma nova frustração. É de extrema importância que neste momento o infante tenha o devido acompanhamento psicológico. Por isso, quando o estágio de convivência perdura por longo período e o adotando é devolvido, sem motivo ou por motivo fútil, fica caracterizada a prática de um ilícito por parte do adotante, previsto no art. 187, do Código Civil de 2002, pois se entende que o limite de seus direitos foi extrapolado.⁶⁸

Uma exceção a essa obrigatoriedade está no §1º do mesmo artigo, segundo o qual é dispensável o estágio de convivência quando o adotando já estiver sob a guarda legal ou tutela do adotante por tempo suficiente para que fique

⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 254.

⁶⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367.

⁶⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 370.

demonstrado que a adoção em questão representa reais vantagens para a criança ou adolescente. A mera existência da guarda ou da tutela em nenhuma hipótese poderá extinguir a obrigatoriedade desse período.⁶⁹

No caso da adoção internacional, o estágio de convivência deve ser realizado em território nacional, no prazo mínimo de 30 dias. (art. 46, §3º, ECA).⁷⁰ Há quem diga que tal prazo é insuficiente e há quem o entenda como uma injusta limitação à adoção internacional.⁷¹ Contudo, mostra-se como a melhor solução, a avaliação do juiz sobre as circunstâncias em que a medida é requerida, fixando o prazo que melhor atender aos interesses do infante.

2.2.4 Efetivo benefício para o adotando

Por fim, outro requisito indispensável, que deve sempre orientar a fundamentação das decisões do magistrado, é o efetivo benefício que o deferimento da adoção trará ao adotando (art. 43, ECA). O autor Paulo Lôbo dispõe que o juiz deverá avaliar tanto os aspectos subjetivos, quanto os objetivos. Nesse sentido, ele diz:

O efetivo benefício se apura tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva. Na dimensão subjetiva, cumpre o juiz avaliar se há indicadores de viabilização de efetivo relacionamento de afinidade e afetividade entre adotantes e adotando. Na dimensão objetiva, serão observadas as condições que ofereçam ambiente e convivência familiar adequados, em cumprimento ao princípio de prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição, que assegurem o direito ao filho à saúde, à segurança, à educação, à formação moral e ao afeto.⁷²

Portanto, a filiação socioafetiva somente poderá ser concedida quando a colocação em família substituta se mostrar vantajosa para o infante.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁷¹ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 101.

⁷² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 260.

Uma criança ou adolescente que é abandonado pelos próprios pais ou que é afastado de sua família, precisa se sentir acolhido e amado em um ambiente estável, que seja capaz de lhe propiciar um pleno desenvolvimento. Em hipótese alguma, os interesses do adotante devem se sobrepor aos interesses do adotando.

2.3 Processo

Quem pretende adotar, deve percorrer uma série de procedimentos, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Primeiramente, o candidato deve se submeter a um processo de habilitação, devendo comparecer na Vara da Infância e da Juventude, não sendo necessária a constituição de advogado.⁷³

O pretendente deve protocolar petição inicial, na qual deverá indicar a qualificação completa, os dados familiares, cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável, cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, comprovante de renda e domicílio, atestados de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e certidão negativa de distribuição cível (art. 197- A, ECA).⁷⁴

De acordo com o art. 197-C e o art. 50, §3º, a habilitação dos pretendentes à adoção está condicionada a uma preparação psicossocial e jurídica, realizada por equipe interprofissional, que emitirá um laudo avaliando a capacidade dos requerentes em exercer uma paternidade ou maternidade de maneira responsável. Segundo o art. 29, a adoção não poderá ser deferida, caso seja constatada qualquer incompatibilidade dos postulantes com a medida, ou caso eles não consigam propiciar um ambiente familiar adequado.⁷⁵

Sobre essa fase de habilitação, Luiz Antonio Miguel Ferreira se posiciona:

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 503.

⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017.

Este trabalho é de suma relevância para a área da Infância e da Juventude, uma vez que a intervenção técnica adentra em questões que fogem à esfera do direito, mas que se mostram extremamente relevantes para o destino final deste processo de cadastramento. Exerce, ademais, um papel preventivo importante, pois muitas vezes o sucesso da adoção é analisado e verificado nesta oportunidade. Em outras palavras, a intenção prévia da equipe interprofissional junto aos interessados no cadastro à adoção não garante o sucesso da adoção, no entanto, revela-se de extrema importância, posto que se pode minimizar a ocorrência de adoção mal sucedida.⁷⁶

Essa preparação também compreende, quando possível, no contato com crianças e adolescentes disponíveis para a adoção, que precisa ser devidamente orientado por técnicos da Justiça da Infância e da Juventude, do programa de acolhimento e da execução da política municipal voltada para garantir o direito à convivência familiar (art. 50, §4º, ECA). Deve-se frisar que esse contato exclui os infantes que ainda não estão em condições de serem adotados. Além disso, é de extrema importância o auxílio dos técnicos citados, de modo a evitar futuras frustrações geradas pela expectativa de ser adotado.⁷⁷

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda estabelece que a autoridade judiciária mantenha em cada comarca ou foro regional dois tipos de registro: um referente a pessoas interessadas na adoção e outro de crianças e adolescentes disponíveis (art. 50, ECA). São criados e implementados cadastros estadual e nacional, nos quais a autoridade judiciária tem 48 horas para inscrever as partes, sendo necessário que a sua alimentação seja fiscalizada pelo Ministério Público.⁷⁸

Importante ressaltar que, somente após o deferimento da habilitação é que os candidatos poderão se inscrever nos cadastros de adoção, sendo chamados posteriormente em ordem cronológica, observada a disponibilidade de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas (art. 197-E, ECA).⁷⁹

⁷⁶ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Comentários ao art. 197-C do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 229.

⁷⁷ PACHI, Carlos Eduardo. Comentários ao art. 50 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 229.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 501.

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017.

A criação dos cadastros de adoção tem como escopo agilizar o processo de identificação das crianças e adolescentes a serem adotadas, que por diversas vezes são esquecidas nas instituições de acolhimento, além de realizar o cruzamento de dados, que mostrará a compatibilidade entre o adotante e o adotado, de modo que a adoção se concretize o mais rápido possível.⁸⁰ Daí a importância dos cadastros serem alimentados com os dados corretos.

Para que o infante seja inserido no cadastro, não é necessário que a destituição do poder familiar já tenha ocorrido, bastando uma avaliação da equipe interprofissional do Poder Judiciário e dos programas de acolhimento, adotando a medida da adoção como a mais adequada para determinada situação.⁸¹

Entretanto, um dos maiores problemas que a alimentação dos cadastros enfrenta está exatamente em saber o momento exato em que a criança já está apta para ser adotada. Nos casos em que os infantes são abandonados ainda bebês e não há como saber sua origem, não é difícil fazer essa avaliação. Porém, há situações em que existem indícios do paradeiro da família biológica, sendo realizada uma busca pela mesma, além de tentativas de reintegração familiar. E ainda, há hipóteses de crianças e adolescentes abrigados em instituições de acolhimento, que recebem visitas esporádicas de parentes, tornando mais difícil a caracterização do abandono.⁸²

Como já tratado aqui, a convivência familiar é um direito fundamental, assegurado pela Carta Constitucional, sendo medida excepcional a colocação em família substituta. Não obstante, a respeito do tema, Maria Berenice Dias se posiciona no seguinte sentido:

Claro que ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem os trouxe ao mundo. Mas é chegada a hora de acabar com a visão romanticamente idealizada da família. O filho, não é uma “coisa”, um objeto de propriedade da família biológica. Quando a família natural se revela impossível ou desaconselhável, melhor atende seu interesse – quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo – ser entregue aos cuidados de quem sonha ter

⁸⁰ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 106.

⁸¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 349.

⁸² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 346-347.

um filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227).⁸³

A última frase da citação nos remete à outra controvérsia: as características do adotando, exigidas pelos adotantes. Há sim uma burocratização excessiva, uma deficiência do aparelho estatal e um acúmulo de processos no Poder Judiciário, que fazem da adoção um processo demorado e cansativo. Contudo, dados estatísticos apontam que em muitas situações a adoção não é concretizada, não pela celeridade do processo, mas em decorrência das exigências que os postulantes fazem no momento em que se inscrevem para o processo, relacionadas com a idade, sexo, raça, adoção de irmãos, deficiência, ou alguns tipos de doenças.

Segundo os dados dos relatórios estatísticos de pretendentes e de crianças disponíveis no Cadastro Nacional de Adoção, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), enquanto há um total de 37.581 pretendentes, por outro lado, há 4.826 crianças disponíveis para a adoção.⁸⁴

Outro dado que chamou atenção, foi a quantidade de interessados que aceitam crianças com até 5 anos de idade, expressa no total de 31.034 pretendentes (82, 57%). Em contrapartida, o total de crianças até 5 anos de idade disponíveis para a adoção é de 233 (4,84%).⁸⁵ Por isso a necessidade da agilidade do processo de adoção. Muitas vezes, quando a criança finalmente está em condições de ser adotada, ninguém mais a quer. A maioria dos candidatos preferem crianças mais novas, pois querem participar de todas as etapas de seu desenvolvimento, desde seus primeiros anos de vida.

Além disso, apenas 3,84% dos candidatos aceitam crianças portadoras do vírus do HIV, 5,31% aceitam crianças com algum tipo de deficiência física e apenas 2,74% aceitam crianças com deficiência mental.⁸⁶ Não é à toa que o legislador optou por dar prioridade à tramitação dos processos de adoção em que o

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 476.

⁸⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> . Acesso em: 29 mai. 2017.

⁸⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> . Acesso em: 29 mai. 2017.

⁸⁶ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> . Acesso em: 29 mai. 2017.

adotando for criança ou adolescente portador de deficiência ou com alguma doença crônica. (art. 47, §9º, ECA).⁸⁷

Mais um problema frequente, é o caso da adoção de irmãos. O art. 28, §4º, do ECA, prioriza, sempre que possível, a colocação de irmãos na mesma família substituta.⁸⁸ Porém, não é todo mundo que quer ou que tem condições psicológicas ou financeiras para aderir a esse tipo de adoção e atrair tamanha responsabilidade. Segundo o relatório disponibilizado pelo CNJ, apenas 32.05% dos pretendentes aceitam adotar irmãos.⁸⁹

Ainda sobre os cadastros de adoção, o §13º do art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, possui um rol de três exceções referentes à sua obrigatoriedade: quando se tratar de pedido de adoção unilateral; quando o pedido for formulado por parente, comprovada a existência de vínculos de afetividade e afinidade; quando o pedido for formulado por quem já detém a guarda legal ou a tutela de criança maior de três anos ou adolescente, comprovada a relação de afinidade e afetividade e não constatada má-fé.⁹⁰

Entende-se que esse rol pode ser relativizado, como é o caso da adoção *intuitu personae*, para atender os interesses da criança e do adolescente, que devem ser tratados com prioridade.

Corroborando com essa tese, Maria Berenice dias alega:

Quem não está cadastrado simplesmente não pode adotar, o que pode gerar injustiças avassaladoras. Mesmo que a entrega tenha sido feita pela mãe, que deu o filho a quem queria que fosse mãe que não poderia ser. Por medo de serem multados, juízes e promotores arrancam crianças dos braços dos únicos pais que as

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

⁸⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> . Acesso em: 30 mai. 2017.

⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

crianças conheceram para entregar ao primeiro casal da lista, sem atentar que lhes estão impondo uma nova perda.⁹¹

A adoção será deferida por sentença judicial de natureza constitutiva, sendo inscrita no registro civil, não sendo oferecida certidão (art. 47, ECA). Constará na inscrição o nome dos adotantes como pais, assim como o nome de seus ascendentes (§1º), sendo cancelado o registro original (§2º) e sendo vedada a inclusão de qualquer observação sobre a origem do ato no novo registro. (§4º).⁹²

Ademais, é permitido ao adotado maior de 18 anos o acesso ao processo de adoção, para que ele possa conhecer a respeito de sua filiação biológica (art. 48, ECA), sendo este um direito natural, além das razões que levaram a impossibilidade do convívio com sua família de origem. Tal garantia também é assegurada aos menores de 18 anos, sendo devidamente orientado por acompanhamento psicológico e assistência jurídica.⁹³

O art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que a adoção, além de ser medida excepcional, também é irrevogável. Nas palavras de José Martins Costa, “da mesma forma que não se desfaz uma filiação legítima, por acordo de vontades, é inadmissível, também em face da igualdade constitucional entre os filhos, a dissolução dos vínculos de filiação adotiva”.⁹⁴

Porém, não obstante a adoção não possa ser revogada, nada impede que os pais adotivos possam ser destituídos do poder familiar, caso apresentem comportamentos que se encaixem em alguma das hipóteses previstas no art. 1.638 do Código Civil de 2002.⁹⁵

Enfim, cabe citar que a adoção é vedada por procuração (art. 39, §2º, ECA), sendo um ato personalíssimo. Restrição essa que se justifica, diante do fato

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁹² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁹³ BECKER, Maria Josefina. Comentários ao art. 48 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 222-223.

⁹⁴ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 105.

⁹⁵ ELIAS, Roberto João. Comentários ao art. 39 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 194.

de que a adoção demanda uma série de requisitos e cuidados por parte dos magistrados, dos técnicos e de outros responsáveis pela sua realização. Em observância à Doutrina da Proteção Integral, mostra-se extremamente necessário o estudo de caso realizado pela equipe interprofissional durante o processo de habilitação e o contato prévio entre o adotante e o adotando, de modo a evitar uma adoção malsucedida. Portanto, a mera procuração torna inviável a medida da adoção.⁹⁶

2.4 Efeitos

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que somente após o trânsito em julgado da sentença que deferiu a adoção, ou a data da morte do adotante, caso este venha a falecer no curso do procedimento, é que será constituído o vínculo de parentesco entre o adotante e o adotando (art. 47, § 7º, ECA).⁹⁷

A doutrina divide a produção de efeitos da adoção em pessoais e patrimoniais. Em suma, os efeitos pessoais estão relacionados com o parentesco, ao poder familiar e ao nome, enquanto que os efeitos patrimoniais estão ligados ao direito sucessório e aos alimentos.⁹⁸

Segundo o art. 41 da Lei nº 8.069/90, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, por força do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, que veda qualquer discriminação em relação à filiação.⁹⁹ Consequentemente, o parentesco civil que surge em decorrência da adoção é estendido à família do adotante.

⁹⁶ ELIAS, Roberto João. Comentários ao art. 39 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.195.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 398.

⁹⁹ BECKER, Maria Josefina. Comentários ao art. 41 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 197.

Sobre a condição de filho atribuída ao adotado, Roberto João Elias diz:

O adotado pode exigir, como filho que é, todos os direitos que lhe são pertinentes. Assim, cabe-lhe toda a assistência necessária ao seu pleno desenvolvimento. Os adotantes, obviamente, estarão sujeitos aos deveres que se destinam aos pais, sobretudo a partir do preceito constitucional do art. 229, que estatui que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.¹⁰⁰

Do mesmo modo, o adotado atrairá para si obrigações com relação aos seus pais, como se filho biológico fosse.

Além disso, conforme o mesmo artigo do ECA, é desligado qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, tendo em vista que a adoção transfere o poder familiar para os adotantes, não tendo os pais biológicos o direito à visitas ou à notícias da criança ou adolescente. Esse poder familiar não poderá ser restabelecido, nem mesmo com a morte do adotante (art. 49, ECA).¹⁰¹

Contudo, existe na doutrina uma discussão acerca da possibilidade dos pais biológicos adotarem o filho que tenha sido adotado, já que não há previsão legal que a proíba. Para Maria Berenice Dias, por exemplo, no caso de morte do adotante, nada impede que os pais biológicos adotem o órfão.¹⁰²

Já Válter Kenji Ishida, entende não ser possível a adoção pelos genitores, prevalecendo o disposto no art. 42, §1º, do ECA, que veda a adoção por ascendentes.¹⁰³

Segundo Tarcísio José Martins Costa, há a possibilidade jurídica dessa adoção, desde que superados os motivos que levaram a destituição do poder familiar, ou caso a adoção anterior tenha sido concedida sem o consentimento dos pais biológicos.¹⁰⁴

É relevante frisar que, apesar da extinção dos vínculos de parentesco com a família natural, eles subsistem em relação aos impedimentos matrimoniais

¹⁰⁰ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: 5. direito de família. v. 5. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 539.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 481.

¹⁰³ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 117.

¹⁰⁴ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 106.

estipulados pelo Código Civil (art. 41, ECA).¹⁰⁵ Tem-se a finalidade de atender a um aspecto moral de uma sociedade que reprova relações incestuosas.

Ainda em virtude da igualdade entre os filhos assegurada pela Constituição Federal, proferida a sentença, deverá ser concedido ao adotado o nome do adotante, sendo possível que, a pedido de qualquer deles, se modifique o prenome (art. 47, §5º, ECA). Porém, para que esta última medida seja provida, é indispensável que seja realizada a oitiva do adotando, sendo considerada a sua capacidade de entendimento e discernimento sobre o assunto e sendo necessário o seu consentimento, no caso de maior de 12 anos de idade.¹⁰⁶

O prenome é de extrema importância e deve ser respeitado, pois simboliza a personalidade do indivíduo. Pode ser que o infante já se identifique por determinado prenome, tornando a sua modificação inadequada e prejudicial. Deve o magistrado se atentar para esta questão, medindo as vantagens e as desvantagens que o deferimento do ato possa trazer.

Quanto aos efeitos patrimoniais, pode-se dizer que a adoção enseja na criação de direitos sucessórios recíprocos que alcançam o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, respeitada a ordem de vocação hereditária que demanda o Código Civil de 2002 (art. 41, § 2º, ECA). São direitos plenos e que, portanto, não podem conter discriminações. Não havendo mais a distinção entre filhos, eles concorrem igualmente para os direitos sucessórios, podendo inclusive ser deserdados da mesma forma, nas hipóteses legais.¹⁰⁷

Um aspecto importante é em relação à inexistência de sucessão por morte quanto aos parentes consanguíneos do adotado. Como já citado no presente trabalho, com a concretização da adoção, extingue-se os laços de parentesco do

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 402.

adotando com a família natural e o poder familiar. Portanto, não há mais que se falar em linha sucessória entre eles.¹⁰⁸

Assim como os direitos sucessórios, a percepção de alimentos também é direito recíproco, como consequência da adoção. Nesse sentido, Rolf Madaleno diz:

Os alimentos também são devidos na filiação adotiva e nem poderia ser diferente, porque a prestação alimentar é consequência natural dos vínculos parentais, e o artigo 1.694 do Código Civil autoriza os parentes a pedirem uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição, enquanto o artigo 1.696 do Código Civil prescreve ser recíproco o direito alimentar entre pais e filhos, abstraída qualquer forma de discriminação quanto à filiação.¹⁰⁹

Trata-se de um desdobramento do Princípio da Parentalidade Responsável, já que ao decidir adotar alguém como filho, o adotante chama para si todos os encargos advindos da condição de pai ou mãe. Este é um efeito que deveria ser óbvio, pois a assistência material é o mínimo que os pais devem oferecer aos seus filhos, ainda mais se tratando de uma adoção, na qual ter um filho é uma escolha consciente.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 402.

¹⁰⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 715.

3 A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A adoção *intuitu personae* é objeto de diversos debates doutrinários e jurisprudenciais, se mostrando um assunto de extrema importância, pois qualquer posicionamento que se adote influenciará diretamente no futuro de uma criança ou adolescente. Cabe a este capítulo, desmitificá-la e tentar convencer o leitor a respeito de sua possibilidade jurídica em determinados casos, em benefício do infante.

3.1 Conceito e características

A adoção *intuitu personae* é a modalidade de adoção em que os pais biológicos entregam diretamente o filho a terceiro, para que seja adotado, sem a observância da inscrição e da ordem cronológica dos cadastros de adoção. Nas palavras de Dimas Messias de Carvalho:

A *adoção consentida*, também conhecida como *intuitu personae*, ocorre quando os pais biológicos escolhem e entregam o filho ao adotante, sem cadastrar no registro das crianças em condições de ser adotadas e sem observar a ordem cronológica do cadastro das pessoas habilitadas para adoção. Existe uma escolha direta pelos genitores biológicos dos adotantes.¹¹⁰

Trata-se de um ato voluntário dos genitores, que escolhem determinada pessoa ou casal para exercer a figura de pai ou mãe, baseando-se em uma relação de confiança. Muitas vezes, o pretendente já possui algum vínculo com os pais biológicos e acompanha todo o processo de gravidez da genitora.¹¹¹

Ela sempre foi uma prática muito comum na realidade brasileira, principalmente em razão da situação econômica da família natural ou da condição emocional desequilibrada da mãe, que a impossibilita de permanecer com a criança. Todos nós já ouvimos histórias de alguém que entregou o filho à patroa, à vizinha, à amiga e etc.

¹¹⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 669.

¹¹¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.690.

Como veremos mais adiante, a possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae* é objeto de diversas discussões, já que não há nenhum dispositivo legal que a autorize ou a proíba expressamente.

O seu pedido poderá ser cumulado com o de guarda provisória e deverá seguir o disposto no art. 50, §3º, do ECA, que prevê a realização de avaliação psicossocial por equipe interprofissional, da mesma forma que ocorre na adoção comum, sendo imprescindível que aconteça antes de seu deferimento.¹¹² Essa avaliação se mostra de extrema importância, sendo capaz de avaliar se os requerentes são adequados para tal medida, evitando práticas ilícitas e afastando riscos a integridade do adotando.

Segundo Suely Mitie Kusano, não se pode confundir a adoção *intuitu personae* com a adoção “pronta”. Nesta última, a origem da criança é desconhecida, não havendo a escolha dos adotantes por parte dos pais. Um exemplo de fácil compreensão é aquele em que um bebê é abandonado pela mãe em alguma lixeira na rua e a pessoa que o encontra passa a criá-lo como filho, surgindo o desejo posterior de adotá-lo.¹¹³ Porém, ao pesquisar jurisprudências, nota-se que muitos magistrados julgam causas de adoções “prontas” se referindo a elas como *intuitu personae*, utilizando-se dos mesmos fundamentos.

Por diversas vezes, erroneamente, ela também é confundida com a “adoção à brasileira”. Porém, esta ocorre quando, mesmo sabendo não ser verdade, a pessoa registra o infante como seu filho, sem que tenha passado pelo processo judicial de adoção. Não obstante tratar-se de um crime, tipificado no art. 242, do Código Penal, a jurisprudência também tem a admitido em certos casos, reconhecendo sua irrevogabilidade e privilegiando a filiação socioafetiva e os interesses da criança.¹¹⁴

¹¹² KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 188. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7006>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹¹³ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 88. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7006>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹¹⁴ DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1007.

3.1 Critérios utilizados para o deferimento da adoção *intuitu personae*

A ausência de dispositivos legais que tratem explicitamente da possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, corroborada com o apego de profissionais do Direito a letra da lei, acaba sendo um entrave ao reconhecimento desta forma de adoção. Porém, a doutrina e a jurisprudência dominante têm se manifestado ao seu favor, com fundamento no superior interesse do adotando e na existência de vínculos socioafetivos, como veremos a partir de agora.

3.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Como já mencionado no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 substituiu a Doutrina da Situação Irregular, que estruturava o antigo Código de Menores, pela Doutrina da Proteção Integral, que conferiu direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes. Além disso, estabeleceu que esses direitos deveriam ser tratados com prioridade absoluta, de modo que seus interesses fossem considerados em primeiro lugar.¹¹⁵

Nota-se cada vez mais que a aplicação deste Princípio é fundamental para o deferimento de adoções. O magistrado, como um intérprete da lei, deve sempre julgar a causa garantindo a prevalência dos interesses do adotando sobre os interesses dos adotantes. Deve o juiz competente, juntamente com a equipe interprofissional da Vara da Infância e da Juventude, avaliar a existência de um ambiente saudável, a personalidade e a situação econômica dos adotantes, suas expectativas, a relação de afeto entre as partes, entre outros aspectos. Sobre o tema, Ricardo Alves de Lima e Adrielli Marques Braidotti dizem:

Verifica-se, então, que o mais importante é a busca do melhor interesse da criança e do adolescente e não somente o atendimento de meras regras técnicas. Posto isso, importante ressaltar que, há muito, a adoção deixou de se voltar à pessoa do adotante e busca a

¹¹⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64.

atender o interesse da criança e do adolescente, a fim de lhes proporcionar, conforme já mencionado, desenvolvimento digno.¹¹⁶

E não podia ser diferente em relação à adoção *intuitu personae*, que necessita de uma atenção especial, já que mesmo não sendo regularizada pela lei, seria ilógico se o Direito não acompanhasse a realidade, se esquecendo dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, apenas para obedecer a um conjunto de regras que, naturalmente, é incapaz de sustentar todos os anseios de uma sociedade, devido à complexidade das relações humanas. Com razão, Natália Soares Franco afirma:

A Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança configuram preceitos jurídicos que se sobrepõem a análises sob uma ótica de natureza exclusivamente legalista, de modo que o rigor legal nem sempre é o mais oportuno ou conveniente às situações que envolvem crianças e adolescentes.¹¹⁷

Nesse mesmo sentido, entende a jurisprudência pela importância do Princípio em questão na avaliação do caso concreto, para auferir a respeito da possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, conforme a ementa a seguir:

(...)

1 - Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente **o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação**. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que **a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo**. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal.

2 - Em casos de adoção *intuitu personae*, uma vez estabelecidos os laços socioafetivos entre adotante e adotado, respeitada a vontade da lei, em última análise, **a ação do Estado deve limitar-se à averiguação da conformação do melhor interesse da criança e do adolescente**, justificando-se o desfazimento do núcleo familiar (conformado ao longo do tempo) tão-somente nos casos de risco comprovado, ou em potencial, à criança.

(...)

¹¹⁶ LIMA, Ricardo Alves de; BRAIDOTTI, Adrielli Marques. Adoção: controvérsias a respeito da modalidade *intuitu personae*. **Revista de doutrina e jurisprudência**. Brasília: TJDF, ano 52. v. 108. nº 1, jul/dez. 2016. p. 76.

¹¹⁷ FRANCO, Natália Soares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 236.

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.079162-4, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Denise Volpato, j. 22-05-2012).¹¹⁸ **Grifo nosso.**

Diante disso, podemos concluir também que esta modalidade de adoção somente poderá ser consentida, caso se verifique reais vantagens para o adotando ou motivos legítimos para tal medida, como preceitua o art. 43, do ECA. Ou seja, caso os adotantes não possuam meios de garantir a proteção integral da criança, ou caso a finalidade da adoção não seja para atender os interesses do infante, o pedido deverá ser indeferido.¹¹⁹ Até porque, vemos situações em que a mãe, que não tem condições financeiras ou psicológicas para cuidar de seu filho, o entrega para alguém que também não tenha.

3.1.3 Vínculo de afetividade

Para atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado favoravelmente à *adoção intuitu personae*, nos casos em que já existe um vínculo socioafetivo estabelecido entre o adotando e o adotante. Afinal, a adoção nada mais é do que “a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos..., enfim, pelo amor”.¹²⁰

Inclusive, nota-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente já vem tratando com extrema importância a afetividade das relações, quando estabelece no art. 28, §3º, que a colocação do infante em família substituta pela adoção deverá observar a existência de afinidade e afetividade.¹²¹

Quando se admite a adoção dirigida sob esse fundamento, tenta-se evitar que a retirada do infante do seio da família que o acolheu com todo amor e carinho,

¹¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2011.079162-4**. Primeira Câmara de Direito Civil. Jaraguá do Sul, 22 de maio de 2012. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹¹⁹ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 45.

¹²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 954.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

lhe traga prejuízos irreparáveis. Sobre isso, Maria Berenice Dias se posiciona da seguinte forma:

Basta pensar que o melhor interesse da criança e do adolescente sempre estará preservado quando os laços parentais formados forem preservados. Em outras palavras, sempre que os filhos adotivos reconhecerem como pai ou mãe aquele não habilitado, não cadastrado ou não tão bem colocado na lista, não se poderá cogitar na quebra de vínculos parentais, sob pena de se criar um novo trauma àquele que já experimentou a rejeição.¹²²

Contudo, um dos principais problemas enfrentados quando se exige a existência de vínculo socioafetivo entre a criança e os pretendentes a adoção, é avaliar exatamente quanto tempo de convívio entre as partes é suficiente para gerar o referido vínculo, e ainda, em que idade esse apego já pode ser desenvolvido, considerando que na maior parte dos casos os infantes são entregues pelas mães ainda bebês.

A problemática foi tratada, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de julgamento da Apelação Cível nº 70014885701, assim ementado:

ADOÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOTANTES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. A necessidade de observância da lista de adotantes diz respeito ao mérito da demanda, não podendo embasar a extinção do feito por falta de interesse agir. **INSTRUÇÃO DA AÇÃO DE ADOÇÃO. ESTUDO SOCIAL.** O estudo social é dispensável naqueles casos de evidente improcedência do pedido, como sucede na inobservância da lista de adotantes sem que se tenha formado um vínculo afetivo significativo entre adotantes e adotado. **IMPREScindIBILIDADE DA OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOTANTES.** Para garantia da legalidade e imparcialidade do procedimento de adoção e dos interesses do adotado, é de rigor a fiel observância da sistemática imposta pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente se deferindo a adoção a pessoas previamente cadastradas e devidamente habilitadas. **NÃO CONFIGURAÇÃO DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. Inexistindo motivo relevante que justifique, excepcionalmente, a relativização do preceito em prol dos melhores interesses da criança, inviabiliza-se o pedido de adoção.** Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70014885701, Sétima Câmara Cível, Tribunal de

¹²² DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf)> Acesso em: 13 ago. 2017.

Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/05/2006).¹²³ **Grifo nosso.**

No caso em tela, a recém-nascida foi entregue pela mãe biológica aos apelantes, ainda no hospital, na intenção de que estes a adotassem. Desejando regularizar a guarda de fato, o casal ajuizou ação de adoção, sendo o pedido posteriormente indeferido, momento em que a magistrada decidiu pela busca e apreensão da criança e pelo acionamento de candidatos devidamente habilitados, que passariam a deter a guarda provisória. Inconformados com a decisão, os autores interpuseram o recurso de apelação em questão, alegando já ter sido estabelecida uma relação de amor entre pais e filha, durante os 07 dias que permaneceram com o bebê.¹²⁴

Diante dessas circunstâncias, a Desembargadora Relatora Maria Berenice Dias, negou provimento ao recurso, entendendo que o curto período que a criança passou com os apelantes não foi o suficiente para causar qualquer prejuízo físico ou emocional para a mesma. Além disso, alegou ser mais benéfica a permanência com o casal, já cadastrado, que estava exercendo a guarda provisória há três meses.¹²⁵

Nesse sentido, cumpre citar também um trecho da ementa do julgamento do Recurso Especial nº 1.172.067, pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator é o Senhor Ministro Massami Uyeda:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
(...)

¹²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70014885701**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70014885701**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70014885701**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

(...)

(REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010).¹²⁶

Na situação ora julgada, o Relator Ministro Massami Uyeda reconheceu em seu voto a existência de vínculo de afetividade entre o casal e a criança, que inclusive foi devidamente comprovado pela equipe responsável pela avaliação psicossocial. E ainda, frisou que a tenra idade da criança não foi empecilho para o desenvolvimento de um apego, natural da relação socioafetiva já estabelecida, com aqueles que ela já identificava como sendo seus pais.¹²⁷

Pode-se concluir pelas situações apresentadas que, por se tratar de um critério subjetivo, cada caso deverá ser avaliado individualmente. Não há como definir uma idade exata, tampouco o lapso temporal para o surgimento de vínculos de afetividade entre as partes. Caberá ao magistrado examinar o caso em concreto, com o apoio do estudo psicossocial e utilizando-se do seu bom senso.

De fato, as circunstâncias na qual a adoção *intuitu personae* é deferida acabam corroborando para que aqueles que detenham a guarda de fato permaneçam irregulares por um tempo, agindo de “má-fé”, por medo de perder a criança. Mas por outro lado, não a admitir é uma agressão ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. E ao colocar as consequências na balança, deve-se sempre optar pela prevalência da proteção do infante, “tendo em vista que o

¹²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1172067/MG**. Terceira Turma. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70014885701**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

futuro de uma criança não pode ser prejudicado em razão da forma pela qual aqueles que exercem a sua guarda de fato a obtiveram”.¹²⁸

E da mesma forma, não se pode desconsiderar o critério tratado neste tópico, tendo em vista que “o melhor interesse da criança pode não estar sendo atendido se não houver vínculo de afetividade”.¹²⁹ Estaríamos assim, compactuando com uma das principais críticas deste trabalho, qual seja dar prioridade aos interesses dos adotantes em detrimento dos interesses do adotando, o que é inadmissível.

3.3 Possibilidade de escolha dos adotantes pelos pais biológicos

Uma das críticas a respeito dessa modalidade de adoção está na possibilidade de os pais biológicos escolherem os adotantes para seu filho. A discussão doutrinária se concentra na capacidade do genitor, que pretende entregar seu filho a adoção, em decidir o que é melhor para ele, tendo em vista que ainda é uma prática muito condenada pela sociedade. Nesse sentido, Galdino Augusto Coelho Bordallo se posiciona:

Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem-estar de seu rebento. Temos de deixar de encarar os pais que optam por entregar seu filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo o amor e carinho por seu filho, buscando aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar essa escolha.¹³⁰

Esta aparenta ser a visão mais coerente, visto que este reconhecimento pelos genitores, de que não possuem as condições mínimas para proporcionar uma

¹²⁸ SOUZA, Rodrigo Farias de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.12, n. 45. jan. 2009. p. 193-194.

¹²⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 331-332.

¹³⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380.

vida digna ao seu filho, somada a decisão de entregá-lo a alguém que lhe possa proporcionar uma vida melhor, nada mais é do que um ato de amor e coragem.

Inclusive, atende melhor ao Princípio do Melhor Interesse a colocação do infante em família conhecida, na qual os pais biológicos têm a certeza de que ele estará seguro e será amado. Nas palavras de Claudio Gomes de Oliveira, “não se olvida que o princípio do melhor interesse da criança seria bem mais preservado se a mãe desesperada entregasse seu filho para adoção ao invés de abandoná-lo, por exemplo, em uma lixeira”¹³¹, que é o que ocorre em muitos casos por falta de informação da mãe, que não sabe onde entregar a criança e acha que pode ser presa pelo abandono de incapaz.

Importante ressaltar que essa entrega que ocorre na adoção dirigida não pode ser caracterizada como abandono de incapaz, uma vez que a mãe biológica se preocupou com a integridade da criança, não a expondo a perigo, e a direcionou a alguém com melhores condições de criá-la. Desta forma, não se verifica a incidência da conduta criminosa, tipificada no art. 133, do Código Penal, ensejadora da perda do poder familiar, conforme enuncia o art. 1.638, inciso II, do Código Civil de 2002.¹³²

Assim, no momento que os pais entregam o filho ainda não ocorreu a destituição do poder familiar e com isso, não se pode negar aos genitores a escolha dos adotantes, sob este fundamento.¹³³

Aliás, o próprio Código Civil de 2002, no art. 1.729, atribui aos pais a competência para nomear um tutor por via testamentária, para caso eles venham a falecer e os filhos não fiquem desamparados. Presumiu-se que eles eram as pessoas ideais para fazer tal escolha, pois ninguém melhor que os próprios pais para decidirem o futuro de sua prole. Ora, se aos pais é permitido escolher diretamente o tutor de seus filhos, não deveria ser diferente quanto à escolha dos adotantes. Deve ser feita uma analogia em benefício à adoção dirigida, pois a entrega de um filho pode acontecer por inúmeros motivos que em nada tem a ver

¹³¹ OLIVEIRA, Claudio Gomes de. Adoção *intuitu personae*: a prevalência do afeto. **Revista síntese: direito de família**. ano 17. nº 97, ago/set. 2016. p. 70.

¹³² SOUZA, Rodrigo Farias de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.12, n. 45. jan. 2009. p. 185.

¹³³ LIMA, Ricardo Alves de; BRAIDOTTI, Adrieli Marques. Adoção: controvérsias a respeito da modalidade *intuitu personae*. **Revista de doutrina e jurisprudência**. Brasília: TJDF, ano 52. v. 108. nº 1, jul/dez. 2016. p. 77.

com descaso, mas com pais querendo lhe proporcionar uma vida melhor do que a que tiveram.¹³⁴

Outro ponto controvertido, é o disposto no art.166, do ECA, que prevê a possibilidade de aderência dos pais biológicos ao pedido de colocação em família substituta, devendo o consentimento ser levado a escrito para ratificação em audiência, depois de receberem orientações e esclarecimentos da equipe técnica que compõe a Justiça da Infância e da Juventude. Trata-se claramente da aceitação da adoção consentida, que torna os pais biológicos aptos para entregar seu rebento a quem achar melhor para substituí-los.¹³⁵

3.4 Tráfico de crianças e adolescentes

Outra questão está relacionada com a entrega de filho, mediante pagamento ou recompensa, crime tipificado no art. 238, do ECA.¹³⁶ É uma preocupação legítima, que não deve ser ignorada e, muito menos, chancelada pelo nosso Poder Judiciário. Porém, nas palavras de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Por certo que a troca de uma criança por dinheiro ou algum outro benefício é fato que cause grande repulsa, e também somos contrários a ela, mas é certo que nem sempre isso irá ocorrer. Não se deve ter a ideia de má-fé abrangendo todos os atos que são praticados envolvendo a entrega de uma criança, sendo este um preconceito dos profissionais do direito. Existindo alguma suspeita que tal situação possa ter ocorrido, deverá ser investigada no transcorrer do processo de adoção, sendo tomadas as medidas legais cabíveis, caso seja ele comprovado.¹³⁷

Ou seja, a má-fé não pode ser presumida, levando a crer que toda entrega direta de um filho aos adotantes é criminosa. Ela deve restar comprovada ou, pelo menos, levantar suspeitas para que a situação possa ser devidamente

¹³⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.691.

¹³⁵ FRANCO, Natália Soares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 232-233.

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹³⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 381.

averiguada. Essa presunção não é suficiente para o indeferimento da adoção *intuitu personae*, até mesmo porque a existência do cadastramento dos adotantes não é capaz, por si só, de extinguir totalmente o comércio ilegal de crianças.¹³⁸

Corroborando com essa tese, segue outro trecho da ementa citada no tópico anterior, referente ao julgamento do Recurso Especial nº 1.172.067, pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

(...)

(REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010).¹³⁹

No caso acima, restou infundada a suspeita de tráfico, prevalecendo o entendimento do Relator Ministro Massami Uyeda de que a condição da mãe biológica de usuária de drogas e o fato da mesma já ter entregado outro filho, não é o bastante para se presumir a comercialização da criança em questão. E ainda, concluiu-se que não se pode ignorar o vínculo de afetividade já estabelecido, durante os primeiros oito meses de vida em que permaneceu com os recorrentes,

¹³⁸ VALVERDE, Tadeu. *Adoção intuitu personae*. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. (coord.). **Guia de adoção**: no jurídico, no social, no psicológico e na família. 1 ed. São Paulo: Roca, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-412-0457-6/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

¹³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1172067/MG**. Terceira Turma. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

diante de fatos que não comprovam qualquer conduta criminosa no ato da entrega.¹⁴⁰

Temos diversos casos de adoções ilícitas no Brasil e, conseqüentemente, irregulares, como é o caso da “adoção à brasileira”. Porém, na maioria dos casos, elas ocorrem justamente porque as pessoas têm medo de ajuizar uma ação de adoção, correndo o risco de o juiz decidir pela busca e apreensão da criança, somente para atender a ordem dos cadastros.¹⁴¹

A entrega direta de filhos a terceiros, pelos pais biológicos, constitui uma prática recorrente na realidade brasileira há várias gerações. Tem ficado demonstrado que a legislação não é capaz de coibi-la. Diante disso, ao invés de proibir a adoção *intuitu personae*, com base no receio de pactuar com o tráfico de crianças ou com qualquer situação prejudicial ao adotando, melhor solução é aceitá-la, de forma que o Poder Judiciário tenha um controle sobre a situação, sujeitando os adotantes à avaliação de uma equipe multidisciplinar e podendo decidir sobre o seu deferimento ou indeferimento, priorizando os interesses das crianças e adolescentes.¹⁴²

3.5 Inobservância do cadastro de adoção

Isso nos leva a outro ponto essencial na discussão deste tema: a obrigatoriedade do prévio cadastramento dos adotantes para o deferimento da adoção.

Já vimos que o art. 50, §13º, do ECA, traz três hipóteses em que essa regra pode ser excepcionada: no caso de adoção unilateral; na adoção requerida por parente, com quem o adotando já tenha afinidade e vínculo de afetividade; e por fim, quando o candidato já seja guardião legal ou tutor de criança maior de três anos, desde de que esteja de boa-fé e que também já tenha vínculos de afinidade e

¹⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1172067/MG**. Terceira Turma. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Claudio Gomes de. Adoção *intuitu personae*: a prevalência do afeto. **Revista síntese: direito de família**. ano 17. n. 97, ago/set. 2016. p. 71.

¹⁴² LIMA, Ricardo Alves de; BRAIDOTTI, Adrielli Marques. Adoção: controvérsias a respeito da modalidade *intuitu personae*. **Revista de doutrina e jurisprudência**. Brasília: TJDF, ano 52. v. 108. nº 1, jul/dez. 2016. p. 77.

afetividade com o infante. Porém, entende-se que esse rol ainda pode ser flexibilizado, como é o caso da adoção *intuitu personae*.¹⁴³

Carlos Eduardo Pachi discorda no seguinte sentido:

A prévia habilitação à adoção, desta forma, torna-se a *regra absoluta*, que somente poderá ser dispensada nas *hipóteses restritas* expressamente previstas pelo dispositivo. Por intermédio deste e de outros dispositivos (como é o caso dos arts. 13, parágrafo único e 258-B do ECA), o legislador visa coibir práticas ilegais, abusivas e mesmo criminosas, como a “adoção *intuitu personae*”, a “adoção à brasileira”, e a entrega de filho com vista à adoção mediante paga ou promessa de recompensa.¹⁴⁴

Primeiramente, pode-se dizer que é equivocada a afirmação de que a adoção *intuitu personae* é uma conduta ilícita, pois como já vimos, não há qualquer dispositivo legal em nosso ordenamento jurídico que a vede expressamente. Ela só será criminosa quando verificado pagamento ou recompensa em troca do adotando, que também já constatamos que não é algo que deve ser presumido, mas comprovado.

Além disso, essa visão radical de que o rol de exceções citado é taxativo, ignora a realidade do caso concreto para se prender apenas as normas escritas, deixando de lado os prejuízos que serão causados para o infante. Quando é verificado que já se firmou o vínculo entre o adotando e os requerentes, a regra do prévio cadastramento e o seu rol de exceções devem sim ser flexibilizados. Caso contrário, têm-se a violação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.¹⁴⁵

Corroborando com essa tese, a jurisprudência tem privilegiado o vínculo afetivo em detrimento do cadastro de adoção, conforme assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES -
RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE
DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DAMENOR COM CASAL DE

¹⁴³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 671-672.

¹⁴⁴ PACHI, Carlos Eduardo. Comentários ao art. 50 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 235.

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 984.

ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, **não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança**, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, **quando já formado forte vínculo afetivo** entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.

(...)

(STJ - REsp: 1347228 SC 2012/0096557-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2012). **Grifo nosso.**

Ademais, a própria legislação acaba consentido a adoção *intuitu personae*, quando permite, no art. 50, §13º, inciso III, do ECA, que o guardião legal ou tutor possa adotar a criança sem a observância do cadastro, bastando esperar a criança completar mais de três anos de idade e comprovar que com ela estabeleceu uma relação socioafetiva. Trata-se de uma forma oblíqua de se chegar ao mesmo fim.¹⁴⁶

De fato, a implementação dos cadastros de adoção fez toda a diferença, não há como negar a sua repercussão positiva e essencial nos processos judiciais de adoção. Inclusive, Dimas Messias de Carvalho, aponta três finalidades dos referidos cadastros: dar tratamento igual e sem privilégios aos adotantes; filtrar os pretendentes, indeferindo a inscrição daqueles que não tiveram uma boa avaliação durante o processo de habilitação; e por fim, evitar a prática da comercialização ilegal de crianças e adolescentes.¹⁴⁷

Em contrapartida, quando a finalidade do cadastro se confronta com a relação socioafetiva, Maria Berenice Dias afirma:

Os cadastros servem, tão só, para organizar os pretendentes à adoção, isto é, para agilizar e facilitar a concessão da medida, e não para a obstacularizar. Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Claudio Gomes de. Adoção *intuitu personae*: a prevalência do afeto. **Revista síntese: direito de família**. ano 17. n. 97, ago/set. 2016. p. 71.

¹⁴⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 671.

perverso negar o pedido realizado por parte dos verdadeiros pais, para entregá-la ao primeiro inscrito.¹⁴⁸

Diante disso, é de grande relevância destacar que ele não deve ser confundido com a avaliação psicossocial. Para avaliar a idoneidade do requerente e concluir a respeito de sua capacidade de exercer a figura paterna ou materna de forma responsável, serão feitos os devidos estudos por profissionais técnicos de várias áreas, que ocorrerão durante o processo judicial.¹⁴⁹

Essa medida acontecerá independente da inscrição dos postulantes nos cadastros, com o objetivo de evitar práticas ilícitas e quaisquer prejuízos ao adotando. Desta forma, o indeferimento da adoção *intuitu personae* dependerá do resultado da avaliação, no sentido desfavorável ao postulante. Deve haver indícios suficientes para a retirada da criança do convívio da família que a acolheu, de modo a preservar sua dignidade, e não apenas para atender requisitos legais.¹⁵⁰

Além disso, não se pode deixar de lado toda a burocracia dos processos de adoção, que às vezes dura anos. Ainda, temos de ser realistas e reconhecer que há cidades no interior do Brasil, que mal sequer têm assistentes sociais e oficiais de justiça. Quando a criança for finalmente disponibilizada, talvez ninguém mais a queira, pois é fato que os pretendentes cadastrados preferem crianças pequenas.¹⁵¹

A respeito deste assunto, Ricardo Alves de Lima e Adrielli Marques Braidotti afirmam:

Dessa forma, na relação em que o afeto é algo essencial, a lei não pode agir com tamanha rigidez a ponto de desconsiderá-lo e de tirar uma criança ou um adolescente de uma família substituta que teria perfeitas condições de criá-los, forçando-os a passar por abrigos e a esperar a sua vez em listas de adoção, situação que pode levar anos. Em decorrência desse lapso, muitas das vezes, crianças que são

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹⁴⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 381.

¹⁵⁰ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 169-170. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7006>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

levadas aos abrigos crescem e deixam de ser alvos da adoção, posto que a maioria dos casais buscam crianças da mais tenra idade.¹⁵²

Sem falar que por melhor que seja a instituição de acolhimento, obviamente, esta jamais conseguirá se equiparar totalmente a uma família.

Não se pode negar que a adoção dirigida acaba sendo uma espécie de burla ao cadastro de adoção e as expectativas dos candidatos previamente cadastrados, que esperam ansiosamente para realizar o sonho de ter um filho.¹⁵³ Porém, devemos nos atentar prioritariamente para os interesses do infante, o real beneficiário da medida da adoção, e não para os interesses daqueles que querem ter um filho a todo custo.

¹⁵² LIMA, Ricardo Alves de; BRAIDOTTI, Adrielli Marques. Adoção: controvérsias a respeito da modalidade *intuitu personae*. **Revista de doutrina e jurisprudência**. Brasília: TJDFT, ano 52. v. 108. nº 1, jul/dez. 2016. p. 78.

¹⁵³ SOUZA, Rodrigo Farias de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.12, n. 45. jan. 2009. p. 187.

CONCLUSÃO

Infelizmente, são inúmeros os motivos que impedem uma quantidade enorme de crianças de conviverem com seus pais, sendo os mais comuns relacionados à questão financeira e problemas de ordem psicológica. Com efeito, muitos pais encontraram na adoção *intuitu personae* a melhor solução, pois assim, seu filho seria entregue diretamente a alguém de confiança e que teria as condições necessárias para lhe proporcionar uma vida digna, dando todo amor e carinho que seus genitores não puderam dar.

Ocorre que, a falta de previsão normativa expressa desta modalidade gerou algumas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, acerca de sua possibilidade jurídica. Porém, estamos tratando de crianças e adolescentes que, pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, são detentores de direitos fundamentais, que deverão ser assegurados de forma prioritária pela família, pela sociedade e pelo Estado. E, portanto, diante da omissão legislativa, as normas existentes devem ser interpretadas em consonância ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Em consideração a isso, vimos que o entendimento que prevalece é favorável à adoção *intuitu personae*, quando demonstradas as reais vantagens para o adotando e quando já estiver estabelecido vínculo de socioafetividade entre as partes. E não poderia ser diferente, já que a adoção é o melhor exemplo que nós temos de filiação socioafetiva, com esteio nos laços de afeto decorrentes do convívio diário, do respeito recíproco, do amor, enfim, da relação ideal entre pais e filhos. Deve-se atentar para os traumas que a separação da criança de quem já lhe dedica amor parental pode causar.

Uma das críticas de quem não concorda com essa tese, é em relação à legitimidade dos pais biológicos para escolher os adotantes. Quanto a sua capacidade para escolher o que é melhor para seu filho, não devemos ter uma visão preconceituosa, mas reconhecer que a entrega à adoção também pode ser um gesto de amor. Devemos considerar essa escolha, pois é justamente por querer o bem-estar da criança que as pessoas preferem recorrer à adoção *intuitu personae*, escolhendo adotantes conhecidos e dispostos a amar a criança, ao invés de deixá-la em abrigo, sem a certeza de que ela será bem tratada e adotada. Quanto à

legalidade, podemos fazer uma analogia a possibilidade dos pais nomearem o tutor testamentário, conforme o art. 1.729, do Código Civil de 2002, e citar o art. 166, do ECA, que prevê a adoção consentida, considerando que no ato da escolha e da entrega, os pais biológicos ainda não foram destituídos do poder familiar.

Outra alegação que fazem, é que a adoção *intuitu personae* corrobora para a prática de tráfico de menores, crime tipificado no art. 238, do ECA. Porém, esta questão está superada pela doutrina e jurisprudência majoritárias, que defendem que a má-fé não deve ser presumida, não se podendo ignorar os vínculos de afetividade e o superior interesse da criança, sem que a prática ilícita reste comprovada. Por isso, destaca-se a importância da realização dos estudos psicossociais por equipe multidisciplinar, de modo a verificar a idoneidade dos adotantes e evitar situações como essa e quaisquer outros riscos a integridade da criança.

Por fim, o tema do presente trabalho é obstaculizado pela estrita observância a inscrição e a ordem cronológica dos cadastros de adoção. Não obstante o art. 50, §13º, do ECA, trazer as exceções ao cadastro, prevalece o entendimento de que esse rol não é taxativo e que deve ser flexibilizado quando se tratar da adoção *intuitu personae*. Mais uma vez, deve ser privilegiado o melhor interesse do infante e, conseqüentemente, os vínculos socioafetivos, em detrimento da cega obediência as normas técnicas do Direito e da vontade dos adotantes. É inegável sua importância para agilizar os processos de adoção e organizar os candidatos, não permitindo privilégios sob a ordem cadastral, porém, sua finalidade não deve ser confundida com a da avaliação psicossocial, essa sim essencial para a verificação do bem-estar do adotando.

Diante disso, conclui-se pela plena possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, devendo ser aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro em respeito ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, sob pena de estar-se violando direitos fundamentais e desvirtuando o real sentido do instituto da adoção, qual seja atribuir aos infantes uma família capaz de lhes oferecer todo amor e afeto necessários para seu pleno desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

BECKER, Maria Josefina. Comentários ao art. 48 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 5 mar. 2017.

BRASIL. **Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 mar. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1172067/MG**. Terceira Turma. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf)> Acesso em: 30 mai. 2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: 5. direito de família. v. 5. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Comentários ao art. 197-C do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FRANCO, Natália Soares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A parentalidade responsável e o cuidado**: novas perspectivas. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, ano 28, nº 101, dez. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 88. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7006>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LIMA, Ricardo Alves de; BRAIDOTTI, Adrielli Marques. Adoção: controvérsias a respeito da modalidade *intuitu personae*. **Revista de doutrina e jurisprudência**. Brasília: TJDFT, ano 52. v. 108. nº 1, jul/dez. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2015.
MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana** : doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Claudio Gomes de. Adoção *intuitu personae*: a prevalência do afeto. **Revista síntese: direito de família**. ano 17. nº 97, ago/set. 2016.

PACHI, Carlos Eduardo. Comentários ao art. 50 do ECA. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. v. 5. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70014885701**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2011.079162-4**. Primeira Câmara de Direito Civil. Jaraguá do Sul, 22 de maio de 2012. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SOUZA, Rodrigo Farias de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.12, n. 45. jan. 2009.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALVERDE, Tadeu. Adoção *intuitu personae*. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. (coord.). **Guia de adoção**: no jurídico, no social, no psicológico e na família. 1 ed. São Paulo: Roca, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-412-0457-6/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. v. 6. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.